
S. Augusti
S. DOMINICE ORA PR.

✠



IESVS,
MARIA, IOSEPH.

POR

DON DOMINGO DE GVZMAN Carrafa.

EN EL PLEYTO

CON

EL SEÑOR PRINCIPE DE Estillano, su hermano, y el Marques de Leganès.

SOBRE

EL ESTADO DE SAN-LVCAR, y Mayorazgo que fundò el señor Conde Duque de Olivares.

EN QVE PRETENDE, QVE EL CONSEJO advoque en si el conocimiento de esta Causa, que se halla pendiente en la Chancilleria de Granada.

✠

1 ESTANDOSE Litigando en la Chancilleria de Granada, entre el ſeñor Principe de Eſtillano, y Marques de Leganès el pleyto, ſobre la ſuceſsion del Eſtado de San-Lucar, y Mayorazgo, fundado por el ſeñor Conde Duque de Olivares, pretendiendo la ſuceſsion el ſeñor Principe; en fuerça del poder, y vltima diſpoſicion, hecha en Toro el año de 1645. Y el Marques, en fuerça del teſtamento, y diſpoſicion anterior de 16. de Mayo de 1642. y dadoſe en viſta ſentencia en la propriedad, por la qual ſe declarò por legitimo ſucceſſor al Marques de Leganès.

2 Pendiente, y interpueſta la ſuplicaciõ deſta ſentencia por el ſeñor Principe, ſaliò oponiendoſe como tercero D. Domingo, pretendiendo, que auiendoſe de diferir la ſuceſsion, por la diſpoſicion del año de ſeiſcientos y quarenta y dos, ni tocaua la ſuceſsion al ſeñor Principe ſu hermano, ni al Marques de Leganès, y que ſe declaràſe, que eſta auia de eſtar inſuſpenſo, haziendoſe los empleos, y reempleos de ſus rentas, en conformidad de la fundacion, y llamamientos hechos en ella, revocando para eſto la ſentencia de viſta, en que deſde luego ſe auia declarado por ſucceſſor legitimo al Marques, para cuyo efecto puſo la demanda en forma.

3 Sinò ha ſalido à eſta cauſa Don Domingo de Guzman haſta eſta inſtancia, deduciendo ſu accion, ha ſido porque en el juizio de tenuta ſe difiriò la ſuceſsion por la vltima diſpoſicion del ſeñor Conde Duque, y conforme à ella ſe hallaua inmediato al ſeñor Principe de Eſtillano ſu hermano; pero auiendoſe eſtimado por la Chancilleria, que la fundacion que ha de dar ley a la ſuceſsion, es la diſpoſicion de el año de 42. y paſſado à declararſe, que en fuerça de ella toca al Marques de Leganès, ſe halla preciſado à oponerſe como tercero; pues ſi ſe confirmàſe eſta ſentencia, ſu determinacion le cauſa dos perjuizios; el vno, priuarle del derecho, y llamamiento de inmediato, conque ſe halla, de ſuceder al ſeñor Principe, por la diſpoſicion del año de 45. y el otro, del que le dà la de el año de 42. para que caſando con hembra de la Caſa de Olivares, ò las demàs que eſtàn llamadas, ſuceda en eſte Eſtado, prefiriendo al Marques de Leganès, con excluſion perpetua de Don Domingo; ſiendo aſsi, que el llamamiento del Marques en eſta diſpoſicion es el vltimo, quando ayan faltado los deſcendientes de el ſeñor Conde Duque, las hembras de la Caſa de Olivares, poſſeedoras, ò inmediatas, y la poſſeedora, ò inmediata de la Caſa de Leganès, que caſaren con varon, poſſeedor, ò inmediato de la Caſa de Medina de

las Torres, y Toral; y en defecto de estos los de la Casa de Villa-Manrique, y faltando estas hembras, ò no pudiendo, ò no queriendo casarse con varon de las dosCasas, llama à las hembras descendientes de sus hermanas, con la condicion de casarse con varones, deribados de la Casa de Toral, ò Villa-Manrique, y en defecto de estas dà solo llamamiento al Marques de Leganès. Vease, pues, con estos antecedētes, como se podrà proponer, como se propone por el Marques de Leganès, que esta terceria es solicitada, ò afectada, y no precisa en D. Domingo de Guzman, sino es queriēdo, que porque el Marques suceda renuncie su derecho Don Domingo, que aun no bastaria para perjudicar à los demas llamados.

4 Saliò oponiendose a este intento el Marquès de Leganès, pretendiendo se excluyesse la terceria, y que no se admitiesse en este juizio à Don Domingo; y controuertido el punto de la admission, se declarò por laChancilleria, en vista, no auer lugar admitir la terceria, excluyendo à Don Domingo de este juizio, como sino fuesse el principal interessado en los terminos que se halla la sucession.

5 Y viendose D. Domingo, grauado, y excluìdo con esta resolucion, tan contraria à la disposicion legal, y à los mas seguros principios de la Iurisprudencia, se hallò precisado ha auer de recurrir, como recurriò à su Magestad, dando memorial, y pidiendo la avocacion de la causa, que con decreto se ha remitido al Consejo, donde se ha de conocer de la justificacion de este recurso, para cuya comprobacion se haze por su parte este apuntamiento.

6 Suponiendose por indubitado, como lo es assi, por lo que dicta la razon legal, como por lo que con tanta frequencia se practica, que si en algun Tribunal se hiziesse algun vassallo conocido agrauio en la determinacion de sus causas, ò en otra forma, hallandose este desconfiado de no conseguir en èl su justicia, tiene en estos casos legitimo derecho para recurrir al Principe à pedir reformacion del agrauio, y avocacion de la causa, quitando el conocimiento de ella al Tribunal donde pendia, *cap. Reguin offic.* 23. *quæst.* 5. Pereyra *de reuis. cap.* 3. *num.* 5. *& cap.* 99. *num.* 5. *& 6.* Dom. Solorç. *lib.* 4. *de Indiar. gubernat. cap.* 12. *num.* 14. *& in Polit. lib.* 5. *cap.* 15. Castillo, *controuers. lib.* 7. *cap.* 41. Barbos. *in prax. exigend. pension. part.* 2. *quæst.* 12. *num.* 9. ibi: *Tertiò quia Princeps ad quem iuste recurritur, & cui de recurrentis iustitia satis constat potest, & tenetur causam ad suam avocare præsentiam si extra eam ius partibus ministrari non sit credendum*, Dom. Valenç. *cons.* 71. vbi latè Fontan. *decis.* 389. *&* 390. *tom.* 2. *& decis.* 287. *&* 286. *tom.* 1. *vbi, num.* 15. *Vnde videtur dicendum non tutum in conscientia qui huiusmo-*

modi recursum non admittit. Y no teniendo duda, ni admitiendo controuersia esta proposicion, se omite el exornarla con mas autoridades, pues pende vnicamente su dificultad de la justicia, ò injusticia de la determinacion, q̃ à nuestro corto entender, no ay en esta el mas leue motiuo juridico que la euite de ser manifiestamente injusta.

7 Tres motivos, se discurre auer auido, y no otros, que motivassen el animo de los Iuezes à la exclusion de esta terceria, que son: no auer estimado à Don Domingo por persona legitima, para comparecer en juizio; no salir en tiempo; y no tener accion para lo que deduxo.

8 Y si se comprobasse con fundamentos juridicos (como se espera comprobar) la legitimidad de la persona; el salir en tiempo; y el tener accion, seria innegable la auocacion de la causa; porque dexarla en el Tribunal, donde se ha pronunciado resolucion tan irregular, y injusta, fuera de sumo dolor, y de rigor intolerable, que no deue permitirse, en los Tribunales, donde se atiende tanto à la recta administracion de justicia.

§. PRIMERO.

ES PERSONA LEGITIMA.

9 El fundamento porque se le opuso à Don Domingo, el no deber ser oìdo, en este litigio, en la Chancilleria, fue por considerar, que su ausencia auia sido originada de culpa, queriendo con este medio constituirle, en estado de contumaz, para incluirse en las reglas de que el contumaz no deve ser oìdo, si no que antes bien debe denegarsele la audiencia, y repelerle de los juizios.

10 No es este intento justo, ni esta excepcion legitima, antes bien, es del todo despreciable, por motiuos, y razones euidentes, que en lo juridico, no tienen replica legal, como son: el que para estimar à alguno por contumaz no basta la ausencia, si no que es necessaria la citacion, ò personal, ò por edictos, y la acusacion de la contumacia, porque sin estos requisitos, en ninguna forma pued. tenerse por tal, *ex leg. Consentaneum, §. Tres denuntiationes, C. Quomodo, & quando, leg. Properandum, §. & si quidem de iudiitijs, & vtrobiquè* Bart. Bald. Iase & alij Rebuff. *tom.* 3. *ad leges* Gallic. *tit. de contumatia art.* 1. *gloss. vnica num.* 23. Borrello *in summa decis. tom.* 1. *tit.* 46. *num.* 170. *apud quem plures* Barb. *in cap. ex literis* 11. *de constitu, num.* 12. Azev. *in leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *num.* 52. *&* 53. Valasco *de priuilegijs part.* 1. *cap.* 65. *num.* 128. & cum pluribus Anton. Virgilio *de legitim. person.*

ſon. capital. 32. numero 16.

11 Procediendo eſta reſolucion, no ſolo en la cauſa ciuil, pero aun en la criminal, Maſcard. *de probation. concluſ.* 350. *num.* 9. ibi: *Quòd dictum vindicat ſibi locum, nedum in cauſis ciuilibus, ſed in criminalibus, quia & tunc requiritur etiam actorem debere expreſsè accuſare contumatiam, ipſus rei, alioquin non cenſeretur contumax; nàm in criminalibus proceditur ad inſtar iuditiorum ciuilium, leg. abſentem, §. 1. ff. de pœnis, quòd voluit, Immola poſt Bart. in leg. inter accuſatorem, ff. de publicijs iudicijs, & in leg. abſentem, C. de accuſat. quod obſeruauit*, idem *Bart. in extrauag. ad reprimendum in verbo Neglexerit, & hoc inſignè arbitratus eſt Trigon. in ſing.* 88. *poſt num.* 1. *incip. compertum habeas.*

12 Auiendo de conſtar de eſta contumacia, y auer de ella reproducion en el proceſſo, y ſino la huviere, no ſe podrà hazer fundamento; pues no ſe dize auer, ſi no es aquello, que conſta, y parece de los autos, Abb. *conſ.* 97. *volumine* 1. Bart. *conſ.* 98. *in fine.* Alex. *conſ.* 59. *num.* 17. *lib.* 4. Dom, Salgad. *de reg. protect. part.* 4. *cap.* 3. *num.* 176. ibi: *Quia quod non apparet in actis, dicitur non adeſſe.*

13 No deuiendoſe formar juizio para determitar, por conſideraciones extrinſecas, aunque contengan en ſi notoriedad, D. Salgad. *de protect.* 3. *part. cap.* 9. *num.* 241. ibi: *Si coram eodem iudice, & inter eaſdem perſonas duæ cauſæ tractentur, geſta in vna non probant in alia, niſi expreſſe reproducantur, nec iudex poteſt ſupiere ex capite notorietatis.*

14 Sin que tenga duda, que la ciencia, ò noticia particular, no es ciencia, para que ſe pueda juzgar por ella, *leg.* 10. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Siendo hallada, y probada la verdad del hecho por el proceſſo*, Dom. Cobarr. *lib.* 1. *variar. cap.* 1. Y no hallandoſe en la cauſa, que ſobre la ſucceſsion de eſte Mayorazgo, ſe ſigue en Granada coſa alguna de lo referido, ni auiendolo auido, en la que ſe ſupone auer dado motiuo a la auſencia de Don Domingo, pues no conſta auerſe hecho tales diligencias en vano, ſe haze, ni puede hazer esfuerço en la contumacia, para que aya ſido motiuo, ni aun aparente, para excluirle de la terceria, y denegarle la admiſsion a el juizio.

15 Pero aun ſin neceſsitar de valernos de lo que ſe ha fundado, es aſsimiſmo de ninguna eſtimacion la propoſicion, ò fundamento de la contumacia, porque las reglas de eſta materia ſon, que, ò el contumaz pretende ſer oìdo por ſi, ò por ſu Procurador en la miſma cauſa, en que es contumaz, y entonces ſe le admite con la refuſion de expenſas, lo qual no es de nueſtra queſtion, por cuya razon ſe omite.

16 O pretende ſer oìdo en diferente cauſa de en la que es contu-

tumaz, aunque entre las mismas partes, y entonces, ò no se le oye, hasta que purgue la contumacia, ò queda en el arbitrio de el Iuez el concederle, ò denegarle la Audiencia; y esta question, por no ser tampoco del caso presente, no discurrimos en ella.

17 O la pretension la reduce el contumaz en vna causa, intentando su accion, y pretendiendo ser oìdo en diferente juizio, y entre diversas personas, y en este, q̃ es el caso presente (dado que se conceda voluntariamente el estado de ser contumaz Don Domingo) la resolucion comun, y cierta es, que debe ser precisamente oìdo, sin que le obste la contumacia contrahida en otro juizio, porque esta no es causa, para que se le priue de su derecho. Philipo Decio *in cap. 1. de probat. num.* 327. ibi: *Quia contumatia non videtur iusta causa, vt quis iure suo priuetur.*

18 Y quando lo fuera, debia, y debe obrar solo en el mismo pleito, y causa, en que huuo la contumacia, porque la causada en vn caso, no perjudica, ni tiene efecto en otro distinto, *cap. consuluit de officio delegati, gloss. & Doctores in cap.* 11. *de dolo, & contumatia in sexto, & in cap. cum olim de testibus, leg. generaliter, §. 1. & ibi* DD. *C. de rebus creditis, leg. 3. §. Sthicum, ff. de statu liberis* Hypolito de Marsylis *in repetit. leg. de vno quoque de re iudicata. num.* 210. Tusco *littera C. conclus.* 1023. *num.* 1. Tiberio Deciano *volum.* 3. *respons. 96. num.* 18. Antonio Fabro *in Cod. lib. 3. tom. 1. difinit.* 23. *num.* 11. ibi: *Ne efectus amplior sit sua causa contumatia, enim nocere non debet, nisi in eo ipso actu in quo interuenit, &c.*

19 Y en lo indiuidual de este tercer caso, que es el nuestro, siguen, y aprueban esta opinion, Bald *in leg. consentaneum, C. quomodo, & quando iudex, num.* 24. *in fine*, ibi: *Vnde non solum contumax repellitur alimine illius iudicij, in quo est contumax, sed alimine alterius in quo non est contumax, quod intelligo inter easdem personas, si hoc Prætor decernit, quod est notatu dignum, &c.*

20 Philipo Decio *in cap.* 1. *de probat. num.* 329. ibi: *Quod Audientia, quæ ratione contumatiæ alicui denegatur, inter easdem personas intelligitur, non inter alias contra quas contumatia non fuit commissa.*

21 Francisco Vivio *decis.* 11. *numer.* 5. *libr.* 1. ibi: *Imò contumaci in pœnnam suæ contumatiæ, non tantum debet denegari audientia in illa causa, verum etiam quo ad omnes littes, quæ coram eodem iudice vertuntur inter easdem personas, vt concedit Bald. in leg. consentaneum, C. quomodo, & quando column. 4. vers. Deinde ad euidentiam permitere, Iasson in dict. leg. Sancimus column.* 1.

22 Don Francisco Merlin

 lib.

lib. 1. *controuerſ.* 48. *num.* 9. ibi: *imo contumaci denegatur Audientia in diſtinctè, & abſolutè, non ſolum in illa cauſa, pro qua fuit contumax reputatus; ſed etiam in quacumque alia vertente coram iudice inter eaſdem perſonas.*

23 Ioannes Bautiſta de Luca *de iudicijs diſcurſ.* 10. *num.* 13. ibi: *Inter contumatiæ autem effectus ille recenſetur, quod ei Audientia denegatur, etiam in alijs cauſis, inter eaſdem tamen perſonas, non autem inter diuerſas, non tamen arctatur iudex ad hanc denegationem quoniam id in eius arbitrio eſt repoſitum; atque ex cauſa poteſt ei Audientiam concedere* Bernard. Grebeus *in ad dit, ad Gail. lib.* 1. *concluſ.* 60. *conſideracion* 1. *num.* 8. ibi: *Extenditur tertio, quod Audientia non modo in illamet cauſa, in qua commiſſa eſt contumatia ante expenſarum reparationem denegari poſſit, verum, etiam in alia ſeparata coram eodem iudice inter eaſdem perſonas ventilanda.*

24 Valaſco *de priuilegijs, p.* 1. *cap.* 65. *num.* 135 ibi: *Neque illamet ſola cauſa, in qua commiſſa eſt contumatia denegari ante expenſarum reparationem Audientiam debere, ſed in alia quoque ſeparata coram eodem iudice inter eaſdemque perſonas ventilanda, &c.*

25 En la *deciſ.* 271. *de Franchis* ſe diſputò magiſtralmente eſte punto, y en ella ſe fue con el concepto de ventilarſe aquel juizio entre las miſmas partes; porque auiendo diuerſidad de perſonas, ſe reconociò, que no ſe deuia denegar la Audiencia, ſiendo la razon de eſto, porque la gloſſa en la ley *ſed, & ſi per Prætorem, §. Ait Prætor, ff. ex quibus cauſis maiores*, ſe limita, y procede quando el juizio es entre las miſmas partes, y aſsi en el numero ſegundo ſe dize: *Intelligit in alijs littibus inter eaſdem partes, & Prætore decernente.*

26 Y en el numero tercero; *Et non procedere in alijs cauſis inter alias partes; & Paris de Put. in tract. de Syndicato in verbo inquiſitio ſub. C. dicit: Conſtitutio Regni, 2. columm. & cum Bart. tranſit Maranta in ſecundo membro inditij 4. column.* verſ. 5. *pœna eſt, fol.* 62. *in magnis.* Y en el numero ſexto: *Pro eis dicebatur omninò debere in cauſa procedi tùm quia hoc erat arbitrarium iudici, vt ſupra dictum eſt, & ex ſupra dictis iudex in eorum beneficio arbitrari debebat; tùm etiam quia erat hoc iudicium inter aliàs partes, quo caſu limitatur, gloſſ. in dict. leg. ſed, & ſi per Prætorem, per Bald. in dict. leg. conſentaneum, et proſequitur prædicta Iaſon in leg. ſi prius in 2. part. principali gloſſ. ff. de noui opperis nuntiatione. idem Decius in dict. cap.* 1. *columna final, verſ. Et idem Bald. de probat. vbi Apoſtilla fin. littera A. vbi alios allegat.*

27 Pedro Foler. *in pract. criminal. part.* 1. 2. *part. verbo Banniantur, fol. mihi* 134. deſpues

pues de auer propuesto, y sentado en el *num.* 55, que por rito especial del Reyno de Napoles el contumaz, y Bannido, no podia, ni debia ser oìdo por Procurador en causa ciuil, sin que primero purgasse la contumacia, ibi: *Item contumax, & Bannitus in Regno non admittitur ad comparendum per Procuratorem, etiam in causa ciuili, donec non purgauerit contumatiam, & sic denegatur ei audientia, vt dict. ritus magnæ curiæ incipit item si aliquis, vel aliqua Bannitus.*

28 Passa à assentar, y proponer en el mismo *num.* 55. con las autoridades de Bald. Dinus, Ioannes Andræas, Paul. de Castro, Ludouis. Roman. y Nello de Bannit. que la disposicion de este rito, es contraria, y repugnante à el derecho comun, ibi: *Iste ritus est contra ius commune*, suponiendo por constante, que por el derecho comun, el contumaz, y el Bannido pueden, y deben ser oìdos por Procurador en qualquier causa ciuil.

29 La resolucion de estos Autores, y los fundamentos que se han referido, manifiestan euidentemente, que conforme à las disposiciones de derecho comun, el contumaz debe ser oìdo por Procurador, porque à no ser asi, no fuera necessario el rito de Napoles, cuya disposicion es tan rigurosa, y precisa, que segun dize San Felicio, *lib.* 1. *decis.* 71. *num.* 13. ibi: *In Regno per ritum magn. cur.* 220. *secundum ordinem Car. incipit item si aliquis, vèl aliqua non audiatur contumaz; neque in alia causa ciuili, etiam se defendendo, si iudici videbitur non est audiendus*, manifestandose en esto ser contra el derecho comun, pues conforme a èl, se le oye al contumaz que se defiende.

30 Iuan Bautista Toro, *in compendio decis. part.* 3. *verbo contumaz, fol. mihi* 239. despues de proponer la question, que referirèmos en su lugar por terminante, concluye el lugar con estas palabras: *Tunc contumaci denegatur audientia in omnibus causis coram eodem iudice vertentes, & inter easdem personas.*

31 La puntualidad de las autoridades referidas, califica la certeza de la proposicion, de no tener Don Domingo incapacidad, ò inhabilidad para litigar èn esta causa, la qual se assegura, y haze mas euidente, viendo, que no es Don Domingo quien prouoca al juizio, siendo actor, que le forme, porque este, en el juizio que oy se litiga, lo es el Marques de Leganès; que propuso la demanda; y quien ha litigado pretendiendo; que en fuerça del testamento, que otorgò el señor Conde Duque en el año de 42. le toca la sucesion con exclusion de otros qualesquiera, que la pretendan, y en que ha obtenido sentencia de vista en la Chancilleria; y viendo Don Domingo, que se le ha dado al Marques este Estado, y Mayorazgo, que le perte-

tene-

tenece en el modo, que se fundarà en el vltimo parrapho, se ha hallado precisado a salir a la defensa; y para este punto no ay, ni deue considerarse incapacidad, ni inhabilidad, pues al excomulgado, tan aborrecido en el derecho, aunque se le repele de todos los juizios, como actor, se le admite en todos aquellos, en que se le considera como reo, *cap. cum inter, cap. exceptionem de except. cap. 1. & cap. 8. de sententia excommunicat. in sexto, cap. intelleximus de iudicijs.*

32 Considerandose esta missma exclussion en el Bannido, que dexa de ser Ciudadano Romano, y se considera por enemigo, y tiene la prohibicion de el Rito, sin embargo, mirandole como Reo deue ser oido, y se le admite al juizio para defenderse, *leg. in amissione, §. qui deficiunt, ff. de capit. diminut. leg. Is qui reus, ff. de public. iudic.* Y la razon es, porque aunque tengan inhabilidad, con ella deuen ser admitidos, Scacia, *de iudic. lib. 2. cap. 2. numer. 163. & cap. 9. num. 1024. & de cambijs, §. 7. Gloss. 5. numer. 42.* Fulvius Patianus, *de probat. lib. 1. cap. 56. num. 19.* plures apud D. Gonçalez, *in dict. cap. intelleximus*, Cyriac. *controu. 566. num. 21.* ibi: *Infertur, quod priori casu excommunicatus, vel bannitus, qui non nisi se defendendo, & vti rei possunt stare in iudicio, audiendi sunt.* Virgilio, *de legitimat. personar. cap. 33. num. 50.* ibi: *Verum quod de iure naturali, tanquam reus comparere etiam in iudicio, & se defendere potest, quia defensio est de iure naturali, quæ nemini deneganda est per text. in Clement. Pastor. de sententijs, & re iudicata, & quauis inhabilitas non valet eum repellere à defensione.*

33 No se puede escusar de ponderar por terminante el lugar de Iuan Bautista Toro, *en la part. 3.* yà citada del compendio de las decisiones, verb. *Contumax, dict. fol. 239.* donde pone esta question, con las palabras siguientes: *Vtrum contumax pro aliquo delicto commisso, si comparuerit vti tertius in causa ciuili debeat audiri*; y sin embargo de la especialidad del rito, del rigor conq̃ se obserua, y de la puntualidad conque le atienden los Autores Italianos, para no oir al contumaz; resuelve *Toro* auerse decidido, que se le auia de oir al tercero, y dà la razon: *Quod satis constabat ipsum habere interesse formatum in causa, item quia tertius veniens erat audiendus, neque obstat contumatia contracta pro delicto in causa ciuili quoniam vti reus comparuerat, neque prohibetur contumaci, excipere, ex quo veniat ad se defendendum taliter quod contumax non dicitur qui se defendit, licet non pareat.* No parece que puede auer resolucion mas puntual que esta, aunque se considere à Don Domingo en la mas precisa contumacia.

34 Y en este caso proceden

con

con gran propriedad las reglas de la *ley difamari, C. de ingenuis, & manumissis*, por la qual es comun resolucion *de qua* Dom. Covarrub. *lib.* 1. *variar. cap.* 18. Cancer. *part.* 3. *cap.* 1. *à numer.* 54. Tondut. *de prauent. part.* 1. *cap.* 8. Carleval, *de iudic. tom.* 1. *num.* 894. Capic. Latro, *decis.* 89. Ciarlin. *lib.* 1. *controuers.* 34. que el que difama es el verdadero actor, y el difamado es el reo; y assi auiendo comparecido el Marques de Leganès, y pedido que se le declaràse por legitimo sucessor, por consequencia necessaria pretende (como tambien lo contendrà su demanda) exclussion de los otros llamados, y de el llamamiento, que tiene expresso en la fundacion Don Domingo, que sale como tercero a oponerse, para repeler la exclussion, que ha intentado el Marques, por cuya razon no se le puede sacar de los terminos de ser reo prouocado, ni dexar de incluirle precisamente en los de la ley *difamari*.

35 Es muy de este proposito lo que dixo Socino, *in cap. Sacris, num.* 318. versic. *Aut iste tertius de sententia excommunic.* que el descomulgado, aunque no sea citado: *Si tamen ex processu agitato, vel agitando videt sibi parari praiudicium tunc admittitur, quia venit tanquam reus necessarius.* Y con singularidad Baldo, *cons.* 427. *volum.* 4. *colum.* 2. *in medio*, ibi: *Licet non sint verbo citati, sunt citati ipso facto, quia sciunt causam suam agi, et etiam, quia ille cuius interest videtur citatus, quia scit leg. sape, ff. de re iudicat. ergo est reus necessarius saltim necessitate causatiua, si non vult perdere ius suum.*

36 Y en fuerça de esta doctrina de Baldo assienta el *Cardenal Thusco, littera C. conclus.* 118. que se reputa reo, aquel, que viene à la causa, *ex transverso, et vrgente necessitate quia nullus adest reus in causa, ne ex taciturnitate sibi praiudicet*, que es el caso formal en que estamos, porque en el de nuestro pleito no ha litigado nadie, hasta que Don Domingo lo ha opuesto, sobre no auer llegado el caso de la sucession del Marques de Leganès, ni se ha pedido, que la sucession debe estar en suspenso; y Abad Panormit. *sobre el cap. cum inter de except. num.* 12. hablando de el inhabil por descomulgado, dize: *Aut vult vitare praiudicium, et grauamen sibi imminens, et debet audiri.*

37 Tampoco se puede omitir la ponderacion tan precisa, como puntual, para este caso de el *text. in cap. significauerunt,* 11. *de except.* donde à el descomulgado se le opuso la excepcion de que no deuia ser oìdo, ni podia proseguir vna apelacion, que interponia siendo actor; y en este caso resuelve el texto, que debe precisamente ser oìdo; y por ser tan põderables sus palabras las pondremos à la letra, en lo que hazen al punto, ibi: *Sed à parte altera exceptione ex communi-*

municationis opposita contra capitulum memoratum, vox minus prouide attendentes, quod prætextu excomunicationis oppositæ à prosecutione appellationis non debeat quis excludi cum omnis legitima defensio excomunicato in iudicio reseruetur: partem adversam non esse cogendam ad respondendum eisdem perperam decreuistis, &c.

38 No parece que puede auer mas terminante resolucion, ni motiuo, que justifique mas este recurso; pues si Don Domingo no ha sido oìdo por la contumacia, siendo reo, y saliendo necessitado a el juizio, por ver lo que le perjudicaua la sentencia dada à fauor del Marques, en el caso de este capitulo, hallamos, que debe ser oido el descomulgado, que absolutamente està prohibido de comparecer en juizio, no solo siendo reo, si no es actor; y en el mismo juizio en que fue descomulgado, y nota bien la singularidad de este texto, el epygrafe dèl, diziendo; *Etiam originalis actor repelli non debet, hoc dicit, & est casus singularis quatenus dicit de actore.*

39 Y aunque no parece que se necessitaua de mayor comprobacion, aunque nos queramos constituir en terminos de que sea actor Don Domingo, es tambien segura nuestra razon, porque la inhabilidad se limita al punto preciso de ser actor, que voluntariamente pone demanda; y es tan prouida la disposicion de derecho en esto, que quando ay algun peligro en la tardança, y por no poder litigar el prohibido se le ha de ocasionar perjuizio en la dilacion, como aqui (pues de no salir Don Domingo al litigio, se hallara con vna executoria en que el Mayorazgo, que a èl le toca, ò puede tocarle, se diesse al Marques) que entonces puede aun como actor salir al juizio, y debe ser oìdo, ita *Felino Palat. Rub. & alijs* a Barb. *in collectan. ad cap. intelleximus 7. de iudic. num.* 12. Anton. Ricciul *de iure personar. lib. 4. cap. 32. numer.* 10. ibi: *Quando versamur in casibus in quibus periculum esset in mora, tunc enim excommunicatus potest agere, quia non agit omnino voluntariè, sed stimulatur ad agendum ex imminenti præiudicio, quod sibi ex mora paratur.*

40 Fuera de que el estado en que està yà la causa, y saliendo, como sale Don Domingo, apelando, y suplicando de la sentencia de vista, en que se ha declarado por legitimo sucessor al Marques de Leganès, la qual perjudica el llamamiento anterior, que tiene Don Domingo, que como varon de la Casa de Toral, y inmediato, è indubitado sucessor; pretende, que casandose con hija de la Casa de Oliuares aya de ser preferido al Marques, deuiendo en el interin estar en suspenso la sucession; no ay defecto, que le puede impedir el litigar, aun como actor, porque

aque-

aquel, que por tal no pudiera parecer, ni ser admitido en juizio para litigar en primera instancia, puede litigar en suplicacion, ò apelacion de la sentencia que le condena, ò perjudica estimandose en estos casos, como persona que sale a defenderse del perjuizio que se le ha ocasionado por ella; y como las defensas son permitidas al inhabil, por contumaz, por descomulgado, y por Bannido, le es permitido tambien litigar en apelacion, ò suplica; proposicion tan segura, como textual del *capitulo significauerunt*, yà citado, *de exceptionibus, vbi repetentes*, Anton. Ricciul *de iure person. lib. 4. cap. 38. num. 30. & 39.* & alijs relatis à Barbos. *in dict. cap.* & à D. Gonçalez *in cap. cum inter de exception. num. 11.* dando por vltima razon, que viene à ser como reo, *quia non agit spontè sed potius coactus, & ideò dicitur defensor.*

41 Y asi en fuerça de tan euidentes, como legales demonstraciones, no se podrà discurrir medio, ni consideracion, para que pueda pensarse, que Don Domingo no es persona legitima, siendo cierto, que esto no puede auer sido motiuo, para no admitirle a la terceria.

§. SEGVNDO.

QVE SALE AL PLEYTO LEGITIMAMENTE, y en tiempo.

42 Este motiuo es cierto; que no necessita, ni de consideraciones que le esfuerçen, ni de disposiciones que le apoyen; pues asi por leyes, como por consideraciones, es euidentemente notorio, y pudiera cō justa razon escusarse el fundarle; pero sin embargo, por cumplir con la obligaciō del instituto, y no faltar a verificar, que no pudo mouer esto a la Chancilleria, para que denegasse la terceria; assentarèmos con gran breuedad, solo las reglas de los terceros opositores.

43 El conocimiento, y diuision de esta materia, es tan vulgar, y sabida, que sus reglas las traen latamente, y como principios Dom. Covarrub. *cap. 14. & 15. pract.* Menoch. *cons. 480.* Giurb. *decis. 1.* San Felicio *decis. 90.* Gregorio XV. *decis. 259.* Burat. *decis. 833.* vbi Ferentil, & *cum pluribus*, Cancer. *lib. 2. variar. cap. 16.* Capic. Latro. *decis. 164. & 183. numer. 37.* Dom. Salgad. *de supplicat. part. 2. cap. 13.* Iuan Bautista Luca *de iudic. disc. 17.* diuiendolos, y enseñandonos, que solo ay tres generos de terceros opositores, que salen à los pleytos, que entre otros se controuierten.

44 El primero es, el de el tercero, que se muestra parte en

vn juizio, nò por gracia, ni para ayudar à alguno de los que litigan, sino independiente, y para asistir al juizio, euitando las colusiones, ò negligencias dèl, y solicitando, que se hagan por los litigantes las verdaderas, y legales defensas, por el interes proprio que desto se le puede seguir, exemplificandolo los *Doctores* en el substituido, que pendiente la condicion con que lo fue, sale a la causa que se litiga con el heredero grauado, y este le llaman propriamente los Autores, tercero que asiste al juizio.

45 El segundo es aquel, que sale al juizio por su derecho, coadjubando con èl, y con las razones, y defensas que le asisten a vno de los que litigan, para excluir al otro colitigante, como sucede *in Auctore laudato, vel defensore necessario*; y a este le llaman tercero que coadjuba.

46 El tercero, y vltimo es el que sale, ni coadjubando, ni asistiendo al pleyto, sino es excluyendo al actor, ò al reo, ò à ambos juntos, pretendiendo, que a èl solo le toca por su derecho proprio, y independiente el Mayorazgo, ò bienes sobre que se litiga, cuyo caso es el nuestro, y este se llama tercero, que excluye.

47 Todos estos tienen derecho preciso a deuer ser admitidos en qualquier juizio, ò litigio donde trataren demostrarse partes, en lo qual conuienen vniformemente, y sin contraditor alguno todos los Autores, sin que niegue ninguno la admission al juizio, aunque proceden con distincion, no considerando igual el modo de salir a èl, ni de admitir en èl al tercer opositor; pues en el que asiste, y en el que coadjuba (que son los dos casos primero propuestos) quando salen al juizio se les admite, y le han de tomar forçosamente en el estado en que se halla, *cap. fin. vt lite pendente in sexto*. ibi: *Sanè si ad defensionem ipsius littis aliqui quorum intererit petierint admitti eos in ipso statu in quo ipsam inuenerint decernimus admittendos, &c.*

48 Pero el tercero que sale excluyendo, tiene arbitrio de comparecer en dos formas: Vna, tomando la causa en el ser, y estado que tiene, y prosiguiendola, ò apelando, y suplicando de ella, si estuuiere sentenciada, haziendo suyos los autos, y sentencia, *vt late post alios*, Dom. Salgad. *de supplicat. part.* 2 *cap.* 13. *à num. fin.* Otra, no tomandola en el estado en que se halla, empeçandola de nueuo, como si para con èl no huuiera auido tal controversia.

49 Estas son las reglas, y principios de los terceros opositores, no dudadas, ni controvertidas por los Autores; y solo en lo que ha auido alguna diversidad de opiniones, es en la question, de si el que sale excluyendo, no queriendo tomar la causa en el estado en que la halla, sino dar-

la

la principio, y ser oido de nuevo; deverà suspender, la que entre los otros estaua empeçada, esperandose à que se substancie con el tercero que saliò à el juizio, determinando sobre todo en vna sentencia, ò si se podrà, y deberà proseguir el juizio empeçado, oyendo con separacion a el tercero.

50 En esta controversia huuo algunos Autores que sintieron, que no se debia esperar, dilatar, ni suspender el juizio, que primero estaua pendiente; y otros Autores, de opinion contraria, assentando que se debia suspender el juizio, *vt Bald. Alex. Fab. de Ana. Menoch. Felin. Scac. & alijs relatis* à Castillo, *tomo. 2. controuers. cap.* 9. vers. *Deinde constitutio, &* à Giurb. *decis.* 1. *num.* 33.

51 Y vltimamente en la forma, y con la calidad que ha salido Don Domingo à este juizio, no tiene la mas leue duda su admission, ni el que salga legitimamente, ni en tiempo, *vt plena manu asserit* Dom. Salgad. *dict. cap.* 13. *per totum iam relato*; no solo en el de propiedad, en que se halla, si no en el sumario de tenuta, segun la opinion del señor Molin., *num.* 17. *in fin. annot.* ibi: *Nisi tertius hic oppositionem proponat ante initium quinquaginta dierum in prima instantia ad probationes faciendas assignari solent, vel in ipso huius termini initio, cum enim id tempus omnibus simul currere possit.*

52 Mayormente auiendo salido Don Domingo en tiempo en que halla calificada, con vna determinacion, la observancia de el testamento de el año de 42. en que tiene llamamiento literal, è indubitado, y este con prelaciō à el del Marques de Leganès, llamandose oy propriamente tercero excluyente, lo qual no pudo ser, hasta que viò estimada, con vna sentencia, la disposicion en que se funda, esforçando esta consideracion, lo que se dixo, para excluir la pretension de la malicia, que se supone en esta terceria, *sup. num.* 3. sin que necessitemos de fundar tan euidente demonstracion, pues la califica todo este parrafo.

53 Supuestos estos fundamentos, no puede auer razon legal, ni prudente juizio, que pueda afirmar, que el tiempo en que sale, ò el modo con que ha introducido el juizio Don Domingo, le puedan obstar, ni que aya podido auer capacidad para dar vn auto, conque absolutamente se le ha excluìdo la terceria, arrojādole de el juizio, en que tiene vn interès tan notorio, como euidente, quando sin nota, ni escrupulo de temeridad, se puede afirmar, que no ay ley, glossa, decission, ni Autor, que aya dicho, que à tercero de esta calidad se le deniegue la admission à el juizio, y menos en este caso, en que ha salido Don Domingo suplicando de la sentencia, y en que para hazer mas justificado el recurso, y mas sen-

sible la determinacion, se consideran en el, no solo el derecho de tercero, que asiste à vna plena defensa, si no de tercero, que sale excluyendo demonstrablemente el derecho de los litigantes: por cuya razon se passarà à fundar el vltimo medio, no queriendo gravar la consideracion de los señores Iuezes, con la detencion en este; pues se nos considerara culpable el imaginar, que pueda auer sido motivo, para la exclussion de Don Domingo, el tiempo, y modo de salir à este juizio.

§. TERCERO.

QVE TIENE ACCION PARA LITIGAR.

54 No podemos dexar de reconocer, que siendo Don Domingo persona legitima, para comparecer en juizio, y saliendo en tiempo habil, si no tuuiera accion, ò interès, para litigar en este juizio, huuiera sido justificada la desestimacion de la Chancilleria; *ex leg. Pupili, §. Viuianus de negot. gest. cap. veniens, el 2. de testibus*, porque à ninguno se le oye sin que tenga interès.

55 Sin embargo de que para el efecto de ser oìdo, y admitido à el juizio, y que no se le pueda excluir de èl por falta de interès, le basta al que le intenta tenerle remoto, aparente, euentual, ò en otra qualquier forma, como asienta Guiz. *decis. 40. num. 7.* ibi: *Quia sufficit, quod de iure tertij constet apparenter, licet dicatur, & excipiatur per aduersarios ius nullum, & in validum esse; ex doctrina Innocencij, in cap. veniens 2. extra de testibus, vbi Card. dicit: Quod cum quidã fratres venirent, vt tertij, & provarent in primo congressu de quadam vnione debuerunt audiri, licet statim diceretur in valida, & quod ita obtinuit florentia laudendo per istud dictum ora allegantium, quod dicit esse centuim manibus signandum, & latius ssn cons. 7. vbi, & sufficit intere e tercij habere figuram ex se, licet non prouetur in sustancia; vt explicat* Felinus *in cap. cum super numer. 16. Extra. de re iudic. vbi late*, Dom. Larrea, *decis. 63. num. 2.* ibi: *Et vt possit tertius admiti sufficit aliquale praiudicium.* Exornan tambien esta misma conclusion Scatia *de appellat. quæst. 5. num. 73. & capit. lat. decis. 173. num. 5.* ibi: *Ideo habebat interesse; ne dum quale quale, quod sufficiebat*: Lo mismo asienta Robit. *decis. 1. à num. 37.* Rot. *apud Burat. decis. 13. num. 7.* Caballer. *decis. 144. numer. 2.* Othobon. *decis. 171. num. 7.* y muy singularmente Ioannes Bapt. Luca *de iudic. disc. 17. nu. 3.* ibi: *Verum quia istud sufficit, quale quale quodque de eo doceatur* (*vt practici dicunt*) *aparenter; quan-*

quanvis non existenter, ideoque pro frequentiori contingentia admisso, de facili conceditur, omnium que raro sunt casus inquibus de denegatione respondeatur; *hinc propterea apud bene fundatos practicos imprudens consilium reputatur huiusmodi admissionibus se opponere; adque disputationes de super assumere.*

56 Supuesto esto por principio elemental, y indubitado, como lo suponen los Autores referidos, no se discurre que razon pueda proponerse en contrario, que motivos juridicos, ò que autoridades, para excluìr à Don Domingo de este juizio, por no interessado, quando le toca esta causa, tan principalmente, y en fuerça de tantos motiuos quantos se dexan considerar, y con el euidente de ver, que se le antepone el Marques de Leganès à la sucesion de este Estado, y Mayorazgo, sin que se discurra razon para ello, antes bien se demuestra, la conocida, que asiste à Don Domingo, en fuerça de las clausulas, para su exclusion, como breuemente se procurarà fundar.

57 En cuya execucion se propone por principio incontrastable, que para la resolucion de las causas de sucesiones de Mayorazgos, no se atiende, ni deue a las vniuersales reglas de el derecho, sino es a la expressa voluntad del que dispone, y funda el Mayorazgo, *Authent. de fideicom. §. nos igitur.* ibi: *Non quia a lege, sed quia à testatore anteponitur: praeferendus est*, *leg.* 40. *Taur.* ibi: *Saluo si otra cosa estuviere dispuesta por el fundador de el Mayorazgo*, porque en el tiempo, lugar, y caso, en que le està dado llamamiento, en este solo, y no en otro podrà incluirse, *leg. haeredes mei, §. fin. ff. ad Trebell.* ibi: *Propter gradus fideicommissi praescriptos, &c.*

58 Prouiniendo de esto, ser de la precisa obligacion de el que pretende suceder, probar que està llamado, que concurre en èl la calidad puesta por el fundador, y que ha llegado el caso de su llamamiento, latè Dom. Valenç. *cons.* 95. *à num.* 116. Castill. *cap.* 136. *num.* 68. Dom. Larrea, *decis.* 33. *num.* 33.

59 Y este llamamiento, y caso de suceder se ha de sacar precisamente de lo expresso, y literal de la fundacion, *leg. item veniunt 2 ff. de petit. haeredit. leg. de his, ff. de transact.* Peregrin. *cons.* 39. *num.* 28. Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 23. Mier. *de maiorat. part.* 4. *quaest.* 1. *numer.* 9. *vbi. Quod maioratus successio non defertur à lege, sed à fundatione.*

60 Auiendo, pues, de governarse esta materia por la fundacion, nos serà forçoso recurrir a ella, y poner aqui lo mas preciso, que lo que ay, y se tiene por tal, es auer dexado ordenado el señor Conde Duque se vendiesse toda su hazienda, cuyo procedido se empleasse, y reempleasse, hasta constituir ciento y cinquen

tã mil ducados de rentã fixa libre, para diferentes efectos que expressa, y no es necessario referirlos, y los llamamientos, que haze para la sucesion de sus fundaciones, es de sus hijos, y descendientes legitimos, naturales, y bastardos, y extinta toda esta descendencia passa a preuenir casamientos, para vnion de las Casas de San Lucar, Olivares, Toral, y Medina de las Torres, y fenecida la disposicion en orden a esto prosigue en la forma siguiente.

61 Testamento del año de 42. n.133. ibi: *Y faltando mis descendientes legitimos, y la descendẽcia de los naturales, y bastardos, q̃ yo llamo, y dexare reconocidos, porque mi intencion es, QVE LA CASA DE MIS PADRES, QVE ES LA DE OLIVARES, SE IVNTE CON LA MIA DE SAN LVCAR, Y CON LA DE MEDINA DE LAS TORRES, Y TORAL: Ordeno, y mando, que la hembra descendiente de Don Luis de Haro, mi sobrino, hijo de Doña Francisca de Guzman, Marquesa del Carpio mi hermana, a quien inmediata, è indubitablemente huviere de venir, ò posseyere la Casa de Olivares, CASE CON EL DVQVE QVE FVERE DE MEDINA DE LAS TORRES, Y TORAL, O CON EL INMEDIATO, E INDVBITADO SVCESSOR DE LAS DICHAS CASAS: Y efectuado el dicho matrimonio, sucedan en mi Casa de San-Lucar, ellos, y sus descendientes varones, y hembras, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra, juntandose las dichas quatro Casas de SAN LVCAR, OLIVARES, TORAL, Y MEDINA DE LAS TORRES, sin que se puedan diuidir en ninguno de los sucessores.*

62 Testamento, num. 134. *Y no auiendo varon descendiente de Ramiro Felipez de Guzman, Duque de Medina de las Torres que oy es: mando, que la hembra hija, ò descendiente del dicho Don Luis de Haro mi sobrino, que posseyere la dicha Casa de Olivares, ò inmediatamente huviere de suceder en ella, CASE CON VARON POR LINEA MASCVLINA DE LA CASA, Y SEñOR DE TORAL, QVE SEA SEñOR DE ELLA, O INMEDIATO, E INDVBITABLE SVCESSOR EN ELLA, LOS QVALES ANTEPONGO A TODOS LOS OTROS VARONES DE GVZMAN.*

63 Testamento, num. 135. *Y en falta de varon por linea masculina, descendiente de la dicha Casa, la dicha hembra, hija, ò descendiente del dicho Don Luis de Haro, AYA DE CASAR, Y CASE CON VARON DESCENDIENTE POR LINEA MASCVLINA DEL DI-*

DICHO DON MELCHOR DE GVZMAN, MARQVES DE VILLAMANRIQVE, QVE AORA VLTIMAMENTE FALLECIO.

64 Testamento, num. 136. *Y casando, como digo, la hija, ò descendiente de mi sobrino, que sea actual posseedora, ò inmediata, y indubitable sucessora de la Casa de Oliuares, suceda en la mia de San-Lucar, y se junte con la de Oliuares, y en ellas juntas sucedan los descendientes varones, y hembras de el dicho matrimonio promiscuamente.*

65 Testamento, num. 137. *Y si la hija mayor de mi sobrino, que inmediatamente huuiere de suceder, y posseyere la dicha Casa de Oliuares, no quisiere, como dicho tengo, por qualquier accidente, ò impedimento, y aunque sea de los expressados en derecho, no suceda ella, ni sus descendientes en mi Casa, ni yo la llamo; porque no es mi voluntad, que sucedan en ella, sino es casandose con el varon que digo, ellas, ni los descendientes de aquel matrimonio.*

66 Testamento, num. 138. *Y sucediendo este caso, antes de estar comprada toda la renta, que ha de tener mi Casa de San-Lucar, conforme à mi disposicion, se continùen los empleos, y reempleos, conuirtiendose en ellos los quatro mil ducados de renta que auia de gozar la dicha primera hija de mi sobrino, y se espere a que la Casa de Oliuares entre otra vez en hembra descendiente del dicho mi sobrino, y aplicandose a cumplir con mi voluntad, y casandose en la misma forma, suceda en mi Casa en la forma dicha, y con las mismas calidades, y condiciones que auia de suceder la primera.*

67 Testamento, num. 139. *Pero en caso que estè comprada toda la renta, que ha de tener mi Casa, si la hembra primera descendiente de mi sobrino, no quisiere, ò no pudiere casarse en la forma dicha; es mi voluntad, que no se aguarde a que la Casa de Oliuares entre otra vez en hembra. Y en este caso, si en la Casa del Marques de Leganès huuiere hembra, descendiente de D. Diego Mesia, oy D. Diego Felipez de Guzman mi primo, que aya sucedido en ella ò inmediata, y indubitablemente huuiere de suceder, CASANDO CON VARON, POR LINEA MASCVLINA, DE LA DICHA CASA DE TORAL, Y DEL DICHO MARQVES DE VILLA MANRIQVE; que aora ha fallecido, suceda en mi Casa de San-Lucar, y los descendientes de aquel matrimonio, juntandose las dichas Casas, las quales anden todas en vn sucessor.*

68 Testamento, num. 140. *Y en caso, que la hembra del dicho Don Diego Mesia, oy Don Diego Felipez de Guzman, que huuiere sucedido, ò inmediata, ò indubitablemente huuiere de suceder en la dicha Casa de Leganès;*

 no

no quisiere, ò no pudiere casarse, en la dicha forma, ò no la auiendo se espere a que la Casa de Olivares entre otra vez en hembra; y CASANDO CON VARON DESCENDIENTE POR LINEA MASCVLINA DE LA CASA DE TORAL, O DE EL DICHO DON MELCHOR DE GVZMAN, *como dicho tengo, suceda en mi Casa de San-Lucar, ella, y los descendientes que huuiere de aquel matrimonio, como dicho tengo; y caso que no quiera casarse en la forma dicha, se haga lo mismo, que tengo declarado en el primer caso, y lo mismo se guarde en todos los semejantes: Y si lo que Dios no quiera, faltaren descendientes hembras de D. Luis de Haro mi sobrino, ò auiendolas no se casaren, como dicho tengo, sucedan las otras descendientes hembras de mis hermanas, con la misma condicion de casarse con varon descendiente por linea masculina de las dichas casas de Toral, ò del dicho Don Melchor de Guzman.*

69 Testamento, num. 141. *Y faltando las hembras descendientes de mis hermanas, llamo à los descendientes varones, y hembras de Don Diego Mesia, oy Don Diego Felipez de Guzman mi primo, Marquès de Leganès, aunque no sucedan en la Casa de Olivares; y en falta de ellos llamo à los descendientes de Ramiro Felipez de Guzman, Duque de Medina de las Torres, que oy es; y à falta de ellos à los de la Casa de Monte-Rey, y no los auiendo, à los descendientes de el dicho Don Melchor de Guzman, Marques de Villa-Manrique.*

70 Lo que se deduce de lo literal de estas clausulas, es, que faltando las lineas primero llamadas, que fueron las de los descendientes legitimos, naturales, y bastardos; està expressamente llamada la hembra, descendiente del señor Don Luis de Haro, posseedora, ò inmediata de la Casa de Olivares, casandose con el Duque, ò inmediato sucessor de Medina de las Torres; y no auiendo varon de esta Casa, con el posseedor, ò inmediato de la de Toral; y si de esta tampoco le huuiere, con el varon, que descienda por linea masculina de el Marques de Villa-Manrique.

71 Y no auiendo, ò no queriendo la hija de la Casa de Olivares hazer el casamiento, la excluye; y entonces ordena, que si este caso sucediere antes de estàr impuesta la rẽta de los 150U. ducados, se conviertan tambien en ella, los quatromil, que auia de gozar, y se espere que otra vez entre en hembra, la Casa de Olivares, y que esta case en la misma forma; y no lo haziendo se espere despues de cumplida la renta, à que la Casa de Olivares entre otra vez en hembra: y si llegado este caso no se casare, manda, que si huuiere hembra posseedora, ò inmediata de la Casa de Leganès, esta suceda, si casare con varon

ron, por linea masculina de la Casa de Toral, ò de Villa-Manrique; y si esta hembra de la Casa de Leganès, no quisiere cumplir, buelve à mandar se espere, que entre otra vez en hembra la Casa de Olivares, y la llama con la misma condicion de casamiento; y no auiendo, ò no cumpliendo estas hembras, llama el Fundador, en la misma forma, y con las mismas condiciones, a las hembras descendientes de sus hermanas, haziendo despues otros llamamientos. Y vltimamente, despues de todos, haze el llamamiento de los descendientes de la Casa de Leganès, varones, ò hembras; y en fuerça de este llamamiento, es por el que pretende el Marques, pues no tiene otro en toda la fundacion.

72 Siendo estas las clausulas mas essenciales de toda la fundacion, por la letra, y contexto de ellas, se manifiesta quan intempestivamente pretende la sucesion de este Estado el Marques de Leganès, no auiendo llegado aun el caso de su llamamiento, q̃ es el vltimo, y subsidiario; y deviendo, primero que llegue, estar situada toda la renta de los 150ꝧ. ducados, y auer de esperar, que la Casa de Olivares entre tres vezes en hembra, y vna vez la de Leganès, tambien en hembra; para que en qualquiera de estos casos se case la hembra con el señor de la Casa de Toral, ò su inmediato, antes de dar llamamiento al Marques de Leganès: Y despues de este llamamiento de la hembra de la Casa de Leganès, se buelve a llamar con quarto llamamiento, la hembra de la Casa de Olivares, y que estas no se quieran casar con posseedor, ò inmediato de las Casas de Medina de las Torres, Toral, y Villa-Manrique, y tambien el que las hembras descendientes de el señor Don Luis de Haro, y sus hermanas, no se quieran casar con los varones de las Casas referidas.

73 Todo quanto se acaba de dezir en el numero antecedente ha de preceder primero, que la sucesion del Estado de San-Lucar, toque, y pueda tocar à la Casa de Leganès, y con la precisa circunstancia legal, de que para dar lugar à el llamamiento de el substituido, en defecto de no casarse las hembras con la persona que quiso, ò dispuso el fundador, es necessario que el substituido requiera à la hembra sucessora, para que cumpla la condicion de su llamamiento, sin que hasta entonces se diga estar verificada la condicion *ex aductis à Castill. cap. 115. fere per totum.*

74 Y no auiendo, como no ha llegado, alguno de los casos de todos estos llamamientos preuenidos en la fundacion, no serà necessario valerse de muchos fundamentos, para verificar, que el Marques de Leganès, por aora, no tiene derecho alguno à la sucesion; pues estando, como està, llamado despues de todos los llamamientos, y debaxo de las condi-

diciones referidas, no cumpliendose, como no se han cumplido, no puede dezir que tiene llamamiento, *leg. pecuniam quam, ff si certum petatur, leg. qui haredi, leg. fin. ff. de condit. & demonstrat.* Dom. Valenç. *cons. 2. num. 72.* Castill. *cap. 119. num. 6.*

75 Deuiendo ser la verificacion, y cumplimiento de estas condiciones en el todo, Bart. *in leg. cum fundum 56. ff. de condit.* Ciriac. *contr. 21. num. 72. & controu. 689. num. 68.* y verificados los casos de ellas, por el que se funda, en que estàn cumplidas, *leg. ex his, Cod. quando dies legat.* Ciriac. *contr. 129. num. 19.* Castill. *cap. 118. à princip.*

76 Viendose convencido el Marques, y que lo riguroso, y preciso de estas clausulas le tienē excluìdo de la sucesion que pretende para dar algun color a su intento, se vale de dos motiuos, que ni se ajustan a la disposicion de derecho; y directamente se oponen a lo literal de las clausulas. El primero es, que la sucession de el mayorazgo no puede estar *impendenti*, aunque aya voluntad expressa del fundador. El segundo, que no auiendose verificado las condiciones, que preceden al llamamiento de el Marques al tiempo de la vacante, causada por la muerte de la señora Condesa de Olivares, y Marques de Mayrena, no auiendo otro sucessor de los llamados al tiempo de diferirse la sucesion, se le difiriò al Marques, para que vse de lo honorifico de los titulos desde luego, y perciba la renta quando estèn impuestos los ciento y cinquenta mil ducados.

Estos, que son los vnicos motiuos propuestos por el Marques, tienen facilissima satisfacion.

SATISFACION DEL MOTIVO Primero.

77 El primero, se introduce por la disputa, y resolucion del señor Luis de Molina, *lib. 3. cap. 10.* razones, y autoridades que alli trae, y sus Adicionadores, donde puesta la question de si para la sucesion de los Mayorazgos de España, se atenderà el tiempo de la vacante para transferir la sucesion, en aquel a quien por entonces legitimamente toca, y esto irreuocablemente; por no auerse verificado entonces condiciones, ò auer nacido personas, que si se huuiessen verificado, ò preexistiessen, indubitablemente prefiririan, y resuelve, se ha de atender al estado de las cosas al tiempo de la vacante, sin dar suspension de sucesion, ni auocarla de aquella linea, en que vna vez entrò.

A

78 A esta resolucion de el señor Molina, y Autores que le siguen, se satisface de dos modos; el vno, que no es tan del todo segura, que no tenga contra si las razones, y consideraciones que el mismo señor Molina pondera, y refiere, y à que no satisfizo, de que le notan los Autores, como refiere Castillo *lib. 5. cap. 91. num.* 41. ibi: *Neque eisdem respondit, quamvis primæ opinioni se subscripserit, eamque verissimam putauerit, quo equidem non modicæ eiusdem opinionis primæ auctoritate detraxisse videtur; quia secundæ opinionis dificultatem in disolutam reliquit, vt primæ opinionis fundamenta, & dificultatem disolvit, &c.*

79 Y tambien las autoridades de *Ludouico Romano, Paulo de Castr. Socin. Sen. Hancharr. Cardinal. Ruin: Paris. Philip. Dec. Anton. Rub. Bursat. Tiber. Decia. Francisc. Curt. Sobrader. Iacob. de S. Georg. Cels. Hug. Iacob. de Nigr. Socin. Iunior. Roland. Natt. Riminald. Boer. Guid. Pap. Fachin. Surd. Alexand. Raudens. Mart. Cabrer. Dom. Valenç. Mar. Giurb.* y otros que junta Roxas *de incompat. part. 5. cap. 2. num.* 32.

80 Y aun el mismo Roxas estuvo dudoso, y procediò en esta materia con distincion, rindiendose en el *num.* 73. al caso de auer expressa voluntad de el fundador; y esto mismo, de que deue darse suspension de sucession por voluntad del testador, lo auia seguido anteriormente en la *part. 1. cap. 6. num.* 58. demàs de que, ni la opinion de el señor Molina, sus Adicionadores, y los demàs Autores que le siguen, no son adaptables a la question presente, porque su resolucion procede en los casos generales, como el de estar llamada alguna persona, en caso de no estar verificada vna condicion, ò en el de no auer varones, ò hembras de vna linea, afirmando, que si al tiempo de la vacante, no estuviere verificada la condiciõ, ò huuiere sucession de la linea primeramente llamada, se transfiere la possession, y sucession irrevocablemente, y no se està en suspẽso, esperando a que se cumpla la cõdicion, aunque cumpla despues se le quita a aquella persona q̃ ha sucedido, ni a sus descendientes.

81 Pero quando ay voluntad expressa del fundador, ò tacita (porque esto basta) que quiere, que se espere hasta que aya hembras de ciertas lineas, que casen con posseedores, ò inmediatos, y de ciertas casas, estas sucedan, ò que se cumpla alguna condicion, como lo es esta, y la de los empleos, y reempleos de los ciento y cinquenta mil ducados de renta, suspendiendo en el interin la sucession, que es la especie de nuestro caso, segun lo manifiestan las clausulas, en este nadie duda; y antes bien el señor Molina, y vniuersalmente todos los Doctores reconecen, que no procede la disposicion de la *leg. fin. ff.*

 com-

commun.pradior. ni obra los efectos translatiuos *la leg. 45. de Toro,* sino es que entonces ha de estar suspendida la sucession, como sino huuiera tal mayorazgo, ni tales llamamientos, y que se le puede quitar la sucession a aquel en quien yà auia entrado, lo qual es aun mas especial, por ser caso mas riguroso.

82 Prueban esta conclusion, que acabamos de sentar, Castillo, *lib. 5. controuer. cap. 91.* donde puesta la duda en lo vniuersal, y referido en el *numer. 41. articulum metipsum summã dificultatem habere*, passa en el *num. 42.* al caso indiuidual, de auer voluntad de suspension, y resuelve con estas palabras: *Secundo de inde obseruandum, atque constituendum erit proposita altercationis dificultatem procecedere, cum in dubio versamur, & cum de certa testatoris voluntate nobis non constat, vt tunc ad iuris regulas, & principia ordinaria recurrere necessarium sit, & eisdem Ludouici Molina fundamentis pro vna, & altera parte maturè perpensis, dubium diluere, atque explicare, iuxta casus occurrentis, & primogeniorum naturam. Vbi tamen expressam, & certam habemus testatoris voluntatem, eam procul dubio obseruare debemus necessario, nec aliud attendere; sic sane si testator, institutor vè maioratus expresse disposuerit se vele voluntatem suam esse impendenti, vel aliquem futurum euentum, aut natiuitatem quorundam exp... dam, id pro lege obseruandum erit cum ex voluntatem testatorum pendere posint vltima ipsorum dispositiones, &c.*

83 Y en el mismo numero, ibi: *Quemadmodum ergo in terminis iuris communis ex voluntate testatoris expressa ita scribatur, vt dixi, & Surdus resolvit. Sic quoque in Hispaniorum primogenijs, & post conditam, leg. 45. Tauri constitutionem observari debebit, vt scilicet ea omnia, qua Molina dict. cap. 10. lib. 3. & cæteri, qui eiusdem oppinionis fuere, annotarunt, atque defendunt ex voluntate testatores expressa locum non obtineant, nam si institutor ipse voluntatem suam expresserit, & post dilatam etiam atque acquisitam alteri sucessionem voluerit postmodum natum admitti, & praferri, admittitur equidem ipse, & velut lex, voluntas seruabitur, vt auocare posit sucessionem eandem, & illa impendenti esse, vsque ad futurum aliquem euentum; nec Ludouic. Molin. tradditiones ad eum casum contraria scilicet voluntatis expressa extendatur, vt puta, cum ipse eo casu loqutus non fuerit; sed in casu dubio, vt supra proposui; tunc tamen erit singulariter adnotandum, atque egregiè obseruandum, ne de facili, qua in terminis iuris communis a Surdo, & cæteris traduntur in Hispaniorum primogenijs, attenta ipsorum natura, & in terminis dicta leg. 45. Tauri, ne decipiant.*

Y

84 Y en el 48. muy propiamente, ibi: *Considerandum itaque, atque maturè deliberandum erit, nunc dici possit, ac dici debet iuridicè, non ideo quod lex ista Tauri dispsuerit, quod mortuo vltimo maioratus possessore, possessio ciuilis, & naturalis transeat in sequentem, absque vlla aprehensione, visa fuerit, aut videatur, eam maioratibus naturam dare, & constituere, vt impendenti esse potest, ex voluntate præsumptaque institutoris mente, sicuti latè comprobauit supra dict. num. 44. & antea num. 43. Nec id derogari intenditur lege illa vllo modo, nec etiam aliquid per eam statuitur, quæ præsumptæ institutoris voluntati, quæ ex forma verborum deducatur detrahi valeat vllo pacto prout supra numer. 16. in vers. Sanè prout ego noui animaduerto singulariter admodum atque notanter adnotaui, & scripsi, &c.*

85 Trae por de este sentir, demàs de otros Autores à el señor Molina, *lib. 2. cap. 12. num. 4.* que dixo, *quod patet ex eo, quia conditio suspendit efectum dispositionis in tempus ipsius conditionis impletæ, &c. Y à Gregorio Lopez in l. 7. tit. 4, part. 5. gloss. 2. verbo possession*, donde afirma, que en auiendo puesto el fundador condicion, que precisamente deba primero cumplirse, no transfiere *la leg.* 45. la possession en el llamado, hasta que estè cumplida la condicion.

86 De esta autoridad, y resolucion de *Castillo* haze mencion Iuan Bautista Luca, *de fideicom. discurs. 7. num. 14. in fine*; donde disputando el punto de estar en suspenso la sucession, y la diferencia, que en esto ay de los fideicommissos de Italia, à los Mayorazgos de España por la *leg* 45. *de Toro*; dize, que procede sin disputa la suspension, auiendo voluntad de el fundador, ibi: *Ex collectis per Castill. lib. 5. controuers. cap. 91. vbi etiam in Hispania contrarium quoquè affirmat, vel ex diuersa testatoris voluntate, vel ex natura, & qualitate Maioratus, dùm non in omnibus, & in distintè intrat eadem ratio impeditiua suspensionis, &c.*

87 Fusar. *de substit. q. 318. n. 79. nec obstat principale fundamentum huius opinionis, quod defunctorum voluntates, non posunt stare in suspenso, leg. vltim. ff. commun. prædior, & dixi suprà num. 66. & ideo filij masculi fratris admitti debeant, non expectato, an filij masculi filiarum testatoris nascantur, nam respondent alij, quod voluntates defunctorum possunt stare in suspenso, cum speratur suspensionem cessare, veluti per natiuitatem filiorum nascendorum ex spe probabili, & quando constat de voluntate testatoris, qui vult stare in pendenti, leg. qui hæredi, §. fin. ff. de condit. & demonstrat. cum alijs aductis per DD. citatos suprà num. 66. versic. Ad hoc tamèn*, y lo mismo dize en el nu-

me-

mero 80. *deque: Successio posit stare in suspenso ex presumpta mente testatoris*; y en el 108. ibi: *Secundo, in conueniens non est, quod res remaneat in suspenso interim, donèc subest spes, quod aliqui nascantur, leg. si duobus in princip. ff. delegat. 1. gloss. in leg. 2. ff. si pars hareditat. petatur.*

88 Peregrin. *de fideicommiss. artic.* 22. *num.* 73. ibi: *Verùm, beneuolè lector, ampliatio hac est multum controuersa, nam in eodem casu, in quo, vt suprà retuli, consuluit Paul. de Castr. pro trãsuersali aduersus filios natos postea ex filiabus testatoris, contrarium pro filiabus respondit Romanus, cons.* 134. *num.* 5. *in* 4. *dubio, vbi determinauit, mortuo Bartholomeo filio sine filijs, non statim delatam fuisse successionem agnatis transuersalibus, sed suspensam fuisse, donèc casus eueniat, vt constet filiam non habere, vel non posse habere filios, nèc obstaret, quod defunctorum voluntates non possunt stare in suspenso: dict. leg. fin ff. commun. pradior; nam id procedit, cum non constat de voluntate testatoris, nempè ex eius voluntate possunt stare in pendenti, leg. qui haredi, §. fin. de condition. & demonstrat.*

89 Resolviolo terminantissimamente el Padre Luis de Molina *tractat.* 2. *disput.* 634. *num.* 5. en el qual hablando de el señor Luis de Molina, *lib.* 3. *cap.* 10. dize: *Si enim institutor dixit, si talis famina sine filijs ex hac vita discedat, succedat Petrus alioquin succedat filius maior ex illa, vtiquè si famina illa superstis sit sine filijs quidem, cæterum cum spe filiorum tempore mortis vltimi possessoris, & maiori cum ratione tempore delati maioratus ex illo quacumque alia ex causa non succedet Petrus, sed in suspenso erit maioratus, quo vsque illa filium habet, aut moriatur sine filio.*

90 Y prosiguiendo el numero mismo dize, ibi: *Nihilominus quando contrarium significat, & persuadent verba institutoris, vt in exemplo proposito, vtiquè contrarium erit dicendum, neque id pugnat cum natura maioratuum Hispanorum, quibus non repugnat ad tempus esse in suspenso, presertim quando id ita voluit, ac statuit institutor, leg.* 45. *Tauri intelligenda est, si in rerum natura iam existat vocatus, neque vocatus sit sub conditione aliqua pendenti in futuro tempori delationis maioratus.*

91 De este mismo sentir fue el señor Valenç. *cons.* 7. *à num.* 27. Giurb. *de feud.* §. 2. *gloss.* 4. *ex num.* 53. trayendo los textos de el derecho comun, y satisfaciendo à todas las objeciones, dicidiendo no ser de aprecio el inconueniente de la suspension, *ex eo, quod dum conditio purificatur, curator bonis dandus erit, leg. si hares instituatur. § si conditioni, ff. de haredib. instituend.*

92 Y tambien explicando al

la ley 85. de Toro, Cabrer. *de metu, lib. 2. cap. 9. à num. 30. vbi: quod tum efectus succeſsionis ex voluntate teſtatoris tardius producitur, &c.* y Roxas *de incompatib. part. 5. cap. 2. num.* 48. ibi: *Præterea probant quia dict. leg. fin. in fine, ff. commun. prædior. limitatur in diſpoſitione conditionali, tum enim ſucceſsio poteſt eſſe in ſuſpenſo, & de futuro pendere ratio eſt, nam tunc non dependet à ſubſtācia actus, ſed ab alia qualitate intrinſeca, ſcilicet à conditione, leg. & ſi quis 15. §. interdum, ff. de vſufructu, & ſic dicimus, quod ea quorum dies ſecundum teſtatoris voluntatem ſtatim cedit, non poſſunt eſſe in ſuſpenſo; ſecus ſi non cedit per apoſitionem conditionis ita docet Bald. in leg. vſusfructus, ff. de ſtipulat. ſeruor.* y en el numero ſetenta y tres, conviene con eſte, auiendo voluntad del teſtador.

93 De donde proviene, que aun concediendo voluntariamente el punto in abſtracto de la ſuſpenſion por derecho, lo que es innegable, ſin que aya alguno, *vel mediocriter eruditus* que lo pueda impugnar, es que auiendo voluntad expreſſa, ò tacita de el fundador, eſta obra, y ſuſpende la ſuceſsion, y efectos de ella en el todo, haſta que lleguen los caſos prevenidos.

SATISFACION DEL MOTIVO Segundo.

94 En dos caſos ſe hallarà manifieſtamente convencida la propoſicion de eſte motivo, ò hallandoſe literal ſuſpenſion de la continuacion, y deribacion de la ſuceſsion, aſsi por lo que mira à la percepcion de la renta, como à lo honorifico, ò ſi fundado el Mayorazgo, y radicada ya la ſuceſsion en el primero llamado, ò en otro deſcendiente ſuyo; cauſada la vacante el Fundador diſpuſieſſe que no ſe transfirieſſe la ſuceſsion en el que inmediatamente auia de ſuceder, ſuſpendiendo los efectos translativos de ella, por cierto tiempo, ò haſta ciertos caſos; y no es diſputable, que vno, y otro ſe halla prevenido expreſſamente en la fundacion del año de 42. y ſiendo la prueba real de eſta propoſicion; ſus clauſulas por ellas ſe convence la certidumbre de lo que ſe propone.

95 Y del contexto, y ſerie de las clauſulas, reſulta que en dos caſos vniverſales, comprehenſivos de otros eſpeciales, quiſo el ſeñor Conde Duque de Olivares, la ſuſpenſion abſoluta de la ſuceſsion, diſponiendo en ellos que no huvieſſe ſuceſſor, y que eſtuvieſſe vacante la continuacion de la ſuceſsion.

96 El primero fue, querien-

do que esta Casa tuviesse competente dotacion para mantenerse con el lustre correspondiente à su grandeza, y que sus obras pias tuviessen efectiuo cumplimiento, previniendo, que de la hazienda que dexaba, que promptamente se pudiesse emplear, no podia auer lo respectivo à 150ꝗ. ducados de renta; ordenar, y mandar, que en los descendientes de su linea efectiva, estuviesse suspenso el goze de la renta de este Mayorazgo, hasta el efectivo cumplimiento de los 150ꝗ. ducados, gozando solo 4ꝗ. ducados de renta en cada vn año, como parece de la clausula; testamento n. 32. ibi: *Y hasta estar situada, y ajustada toda la dicha renta, y la demàs necessaria para la fundacion del dicho Convento, y pagar los salarios de Protectores, y Administradores, mi sucessor, ni otra persona, obra pia, ni fundacion, no ha de gozar de ella mas de lo que yo expressamente dexare dispuesto, y ordeno; ni lo puedan pedir, ni concederseles à titulo, ò por via de alimentos, ayuda de costa, ni por otra causa, ò razon, por previlegiada que sea.* Y lo que dexa dispuesto, que ha de gozar, se halla en la clausula del testamento, numero 124. ibi: *Y porque mis hijos, y descendientes legitimos han de suceder en la Casa de Oliuares, y la renta de la mia de San-Lucar se ha de ir fundando de los empleos que se fueren haziendo en mi hazienda, vsando de la facultad que me està concedida para hazer Mayorazgo de mis bienes; mando, que mis hijos, y descendientes legitimos, que sucedieren en mi Casa de San-Lucar, solamente gozen 4ꝗ. ducados de renta, hasta tanto que estèn situados los 150ꝗ. ducados de renta que mando fundar, que en estando fundada, y situada esta renta gozaràn enteramente los cien mil ducados de renta que yo mando al sucessor de mi Casa, &c.*

97 Y quando dà llamamiento à los hijos naturales, descendientes de su linea efectiua, considerando que no auian de ser sucessores de la Casa de Olivares, y que no tendrian con que mantener el lustre de la que fundaua, quiere, que los quatro mil ducados sean ocho. Testamento num. 126.

98 Y lo mismo que dispuso en los descendientes de su linea efectiva quiso que se observasse quando passo à dar llamamiento à la hembra posseedora, ò inmediata de la Casa de Olivares, que casasse con varon de la Casa de Toral, si cumpliesse la condicion, pues quiso que gozasse los quatro mil ducados, suspendiendose el goze de lo demàs de la renta, hasta el efectivo cumplimiento de el empleo de los ciento y cinquenta mil: y en caso de no casar, por no querer, ò no poder, porque la sucesion quiso que estuviesse en suspenso, hasta que huuiesse hembra de las llamadas, que casasse cõ varon de la Casa de Toral; y en su defecto de la de Villa-Manrique, les

les quito el goze de los quatro mil ducados; y quiso, que toda la renta enteramente que tuviesse esta Casa, se aplicasse para los empleos, como parece del testamento, num. 138. ibi: *Y sucediendo este caso, antes de estar comprada toda la renta que ha de tener mi Casa de San-Lucar, conforme a mi disposicion, se continuen los empleos, y reempleos, conuirtiendose en ellos los quatro mil ducados de renta, que auia de gozar la dicha primera hija de mi sobrino, y se espere a que la Casa de Oliuares entre otra vez en hembra, descendiente del dicho mi sobrino; y aplicandose a cumplir mi voluntad, casandose en la forma dicha, suceda en mi Casa, en la forma, y con las mismas calidades, y condiciones que auia de suceder la primera, &c.*

99 De que se sigue, que por las clausulas antecedentes real, y phisicamente se prueba, que quiso suspension el fundador en la percepcion de la renta; hasta estar hechos los empleos de los ciento y cinquenta mil ducados, assi en descendiẽtes, como transversales; sin que percibiessen, siendo sucessores, mas que los quatro mil ducados.

100 Y no solo quiso suspension de la percepcion de la renta en los transversales (que es el caso en que estamos) sino de la sucession, assi no estando hecho el empleo de los ciento y cinquenta mil ducados, como despues de estar hecho, si no se verificassen las condiciones con que hizo los llamamientos en las hembras de la Casa de Olivares, de la de Leganes, y de las descendientes de las hermanas, que todos estos son llamamientos prelatiuos al Marques.

101 Y que la quisiesse, antes de estar hechos los empleos, se prueba de las clausulas que quedan referidas, y de la que quedò ponderada, *num. 66.* donde expressamente se previene, que si no quisiere, ò no pudiere casarse la hembra de la Casa de Olivares, los quatro mil ducados se conviertan en los empleos, *Y SE ESPERE A QVE LA CASA DE OLIVARES ENTRE OTRA VEZ EN HEMBRA*: Y es incompatible, y impossible de hecho, que mandandose, que si la hembra no cumpliere con la condicion, se espere que aya otra, para que cumpliendo suceda, que dexe de estar en suspenso la sucession todo el intermedio que huuiere, desde la hembra, que no cumple hasta la hembra, que se ha de esperar que nazca, que cumpliendo con la condicion de casarse con varon de la Casa de Toral, suceda.

102 Y que quisiesse la suspension de la sucession, despues de hechos los empleos para la dotacion de la Casa, desde el principio de el testamento lo preuiene, considerando los casos en que la auia de suspender, pues dize en la clausula, num. 64. ibi: *Y porque conforme a la disposicion de mi testa-*

testamento, puede ser que los cien mil ducados de renta, que dexo a los señores de mi Casa de San-Lucar, estèn vacos por mucho tiempo; y es mi voluntad, que todo lo que procediere de las vacantes, se vaya empleando, y reempleando, hasta que se compren, y situen otros cien mil ducados de renta, que aplico; y quiero que se gasten en reedificar, y poblar las Algeziras, y en la fortificacion necessaria para su defensa, y puesto de Getales, y en socorrer a los nuevos pobladores, assegurandose los socorros que se hizieren, como, y en la forma que dexo dispuesto en los otros montes que fundo. Y lo mismo previene en las clausulas, numer. 66. 77. y 79. y donde se hallan preuenidas las vacantes de la sucession, despues de fundada la renta que tuvo en su mente al principio de la disposicion, es en la clausula, num. 139. & seq. ibi: *Pero en caso que estè comprada toda la renta que ha de tener mi Casa, si la hembra primera, descendiente de mi sobrino, no quisiere, ò no pudiere casarse en la forma dicha; es mi voluntad, que no se aguarde mas a que la Casa de Olivares entre otra vez en hembra; y en este caso, si en la Casa del Marques de Leganès huviere hembra descendiente de Don Diego Mesia, oy Don Diego Felipez de Guzman, mi primo, que aya sucedido en ella, ò inmediata, y indubitablemente huviere de suceder, CASANDO CON VARON POR LINEA MASCVLINA DE LA DICHA CASA DE TORAL, O DE EL DICHO MARQVES DE VILLAMANRIQVE, que aora ha fallecido, suceda en mi Casa de San-Lucar, y los descendientes de aquel matrimonio, juntandose las dichas Casas, las quales anden todas en vn sucessor.*

103 *Y caso, que la hembra del dicho Don Diego Mesia, oy Don Diego Felipez de Guzman, que huviere sucedido, ò inmediata, y indubitablemente huviere de suceder en la dicha Casa de Leganès, no quisiere, ò no pudiere casarse en la dicha forma, ò no la auiendo, se espere a que la Casa de Oliuares entre otra vez en hembra, Y CASANDO CON VARON, DESCENDIENTE POR LINEA MASCVLINA DE LA CASA DE TORAL, O DE EL DICHO DON MELCHOR DE GVZMAN, como dicho tengo, suceda en mi Casa de San-Lucar, ella, y los descendientes que huviere de aquel matrimonio, como dicho tengo; y caso, que no quiera casarse en la forma dicha, se haga lo mismo que tengo declarado en el primer caso; y lo mismo se guarde en todos los semejantes: Y si lo que Dios no quiera faltaren descendientes hembras de Don Luis de Haro mi sobrino, ò auiendolas no se casaren, como dicho tengo, sucedan las otras descendientes hembras de mis hermanas, con la misma condicion de CASARSE*

CON

CON VARON DESCENDIENTE POR LINEA MASCVLINA DE LAS DICHAS CASAS DE TORAL, ò del dicho Don Melchor de Guzman.

104 *Y faltando las hembras descendientes de mis hermanas, llamo a los descendientes, varones, y hembras de Don Diego Mesia, oy Don Diego Felipez de Guzman mi primo, Marques de Leganès, &c.*

105 Y no se discurre, como puede ponerse duda con lo dispositiuo de estas clausulas, en la suspension de la sucesion, en ambos casos de estar, ò no, hechos los empleos, pues radicada la sucession en la linea de descendientes, manda, que la hembra se case con varon de la Casa de Toral, y sino lo hiziere, quiere que passe a la hembra de la Casa de Leganes, posseedora, ò inmediata, para que casando con varon de la Casa de Toral suceda, y no la auiendo, no queriendo, ò no pudiendo casarse, manda, que se espere a que la Casa de Olivares entre otra vez en hembra, y casando con varon descendiente por linea masculina de la Casa de Toral, y en su defecto, de la de Villa-Manrique, y que lo mismo se execute en todos los casos semejantes; conque negar, que en el tiempo intermedio de estos casos, la sucesion estè insuspenso, es cerrar los ojos a la razon, haziendo discursos voluntarios por el estrecho en que se halla el Marques de Leganès de la sin razon que pretende.

106 No solo la suspension, es respectiua a la percepcion de la renta, y sucession, sino al goze de lo honorifico, que es otra de las cabilaciones, que se ha querido introducir en la defensa del Marques; proponiendo, que en lo que tocàse a honores, siempre quiso que huuiesse sucessor, y para que quede convencido este supuesto, como los demàs lo estàn, se halla por las clausulas de la fundacion, que haziendo distincion del tiempo, en que considerò sucessor al que no le huuiesse para todos los casos, en que preuino que auia de estar vacante, y suspensa la sucession, dà prouidencia de las personas que han de vsar los actos honorificos, para conservarlos en el indiuiduo del mayorazgo.

107 En la clausula del testamento, num. 28. haziendo memoria de la Libreria, que dexaua vinculada al sucessor que fuesse de su Casa, previniendo, que podria auer vacante, y suspension, dize, ibi: *Y todo el tiempo que faltare sucessor de la Casa de San-Lucar, por no auer llegado, ni sucedido los casos, que yo dispongo en su fundacion; esta entrega se harà al Prior que fuesse del Convento de San Geronimo, que yo mando fundar en mi Villa de San Iuan de Alfarache, para que èl la tenga; y auiendo sucessor se la entregue, en la forma, y con las solemnidades dichas, y en el entretanto que se funda el Convento, se pondrà toda la dicha Libreria en*

los Alcazeres de la Ciudad de Seuilla, donde yo soy Alcayde, y la tendràn a su cargo los Protectores de ella, que dexo señalados por las constituciones en la Ciudad de Seuilla. Y si huuiera de auer sucessor continuado para lo honorifico, tuviera el vso de la Libreria.

108 En el numer. 45. tratando de el nombramiento de Administrador del Monte, dize: *El Superior de el dicho Convento de San Geronimo, y el Señor de la Casa, SI LE HVVIERE, han de nombrar Administrador de dicho Monte*; y sino tuuiera presente, que podia estar en suspenso la sucession, no dixera, *EL SVCESSOR, SI LE HVVIERE*, porque aviendo de ser continua la sucession de el mayorazgo, era preciso que huuiesse sucessor.

109 En el num. 59. tratando de la proposicion, y prouision de encomiendas, dize, ibi: *Y el tiempo, y en los casos que no huuiere sucessor en mi Casa de San Lucar, los quatro Protectores han de hazer la proposicion a su Magestad, para las quarenta y vna Encomiendas, como, y en la forma que la auia de hazer el Señor de mi Casa, y las veinte y vna Encomiendas, las provean los dichos quatro Protectores, en personas venemeritas de mi Casa, criados, o hijos de criados, que estos quiero que sean preferidos, y antepuestos a todos, tomando, y pidiendo sus votos al Duque de Medina de las Torres, y al Conde de Olivares, los quales hallandose en esta Corte, podràn entrar en la Iunta para este efecto, y hallandose fuera se les pediràn sus votos, y tambien ha de concurrir a probacion de el Consejo, &c.*

110 Y con esta clausula conviene lo que dize en la clausula, num. 79 donde dispone, que para la distribucion de vnas obras pias; *Tomen los Administradores el parecer del señor de mi Casa, si le huuiere, y estuuiere en esta Corte.*

111 En el num. 99. notando de los Patronazgos, y de lo honorifico dellos, dexa dispuesto, ibi: *Y porque demas de los dichos Oficios, y Alcaydias, yo tengo algunos Patronazgos con particulares preeminencias, y derecho de presentar Religiosas, quiero, y es mi voluntad que la dicha Doña Ines de Zuñiga y Velasco, mi muger, por sus largos dias, tenga enteramente el Patronazgo de todos los que me pertenecen, con el derecho honorifico, y de presentar, en la misma forma que à mi me pertenece, y despues de sus largos dias suceda en este derecho, y Patronazgos, el sucessor de mi Casa de San Lucar, y no le auiendo, y en todas las vacantes, los dichos quatro Protectores,* IVNTAMENTE CON EL DVQVE DE MEDINA DE LAS TORRES, Y CON EL DE OLIVARES, *tendràn representacion de los dichos Patronatos, con facultad de nombrar, y presentar las Religiosas, que para ello les doy*

doy poder, y comission quan bastante fuere necessaria.

112 En el num. 100. ibi: *Iten es mi voluntad, que en todos los casos de vacantes de mi Casa de San Lucar, los dichos quatro Protectores nombren Iuezes, y Iusticias, y Escriuanos, y los demas Oficios de las Villas, y Lugares que yo tengo, y exercan la jurisdicion ciuil, y criminal dellas, tan cumplidamente como yo la hago, y puedo hazer.*

113 En el numero 101. ibi: *Declaro, que su Magestad, Dios le guarde muchos años, sea seruido de hazerme merced de el titulo de Duque de San Lucar la Mayor, y Adelantado de la muy noble, y muy leal Provincia de Guipuzcoa, con vna copa de oro que su Magestad me embia; y los Señores Reyes de Castilla han de embiar el dia siete de Setiembre de cada vn año, en consideracion de mis seruicios, para mi, y los sucessores que yo señalare, y huuieren de sucederme, conforme à mis llamamientos, en mi Casa de San-Lucar, con facultad, que el tiempo que faltare sucessor, y en todos los casos de vacantes yo pueda nombrar persona, que en vn dia, y por vna vez pueda hazer, y haga todos los actos, y funciones de Grande de primera classe, y vsando de la dicha facultad, y en conformidad de ella; y para que se ponga en execucion lo que por ella se me permite, nombro à Ramiro Felipez de Guzman, Duque de Medina de las Torres, y los demàs que sucedieren en este Estado, para que hagan la dicha fundacion, y cada año perciban la dicha copa, y en segundo el Marques del Carpio, si fuere viua Doña Francisca de Guzman mi hermana, Marquesa del Carpio, y si no lo fuere, à Don Luis de Haro mi sobrino, que serà Conde de Olivares, hijo de los dichos Marqueses; y en falta de èl a Don Diego Mesia, Marques de Leganès mi primo; y en falta de ellos al Conde de Monte-Rey, Condestable de Castilla, Duque de Bexar, y Ossuna; y no hallandose ninguno de ellos en la Corte, haga la funcion la persona que nombraren los quatro Protectores de mi hazienda, à quienes doy el poder, y facultad que sea necessaria para que se puedan nombrar, &c.*

114 A vista de estas clausulas, no puede dexar de hazer novedad, aun al mas torpe discurso, que la passion de la defensa ciegue tanto que no desengañe, para que no se proponga cosa que con tanta facilidad se convença; pues todo quanto puede auer honorifico en la disposicion que queda para el sucessor, quando le huuiere, en los casos que el Fundador preuino, que estuuiesse en suspenso la continuacion de la sucession, como lo honorifico era accessorio à ella, diò prouidencia especial de quien auia de exercer los actos de honor.

115 Y para mas euidente demonstracion, y convencimiento claro de la proposicion hecha

por los Abogados del Marques, no ay dar medio, porque quiso sucessor perpetuo, y sin suspension en lo honorifico, aunque estuuiesse vacante la sucesion, esperando que huuiesse hembra de la Casa de Oliuares que casasse con varon de la Casa de Toral, ò no quiso que le huuiesse; si quiso que le huuiesse, como no se muestra por las clausulas de la fundacion, qual fue el llamado? y antes de ellas parece lo contrario, pues la libreria que era del posseedor dexa en la vacante, que se entregue al Prior de San Geronimo; la proposicion de Encomiendas, no auiendo posseedor la encarga à los Protectores, concurriendo el Duque de Medina de las Torres, y Conde de Olivares. La presentacion para los Patronazgos, no auiendo sucessor, y en las vacantes de sucesion, se la dexa à los Protectores, Conde de Olivares, y Duque de Medina de las Torres. Y tambien les dexa los nombramientos de oficios de justicia. Y vltimamente el exercicio de la mayor funcion, que es el de la Grandeza, y recibir la copa de oro, quiere que tenga la representacion dèl, el Duque de Medina de las Torres, y en su defecto el Marques del Carpio, y el señor Don Luis de Haro, y à falta de estos el Marques de Leganès.

116 O no lo quiso, como es cierto, y de las clausulas se manifiesta, pues en las vacantes dexò todo lo honorifico en las personas que no los considerò sucessores; como se prueba de todo el contexto de las clausulas, y discurso inmediato, conque esta separacion que se quiere hazer de lo honorifico, es, afectada, contraria a la voluntad, y consiguientemente indigna de ser oida, como dixo la ley *illis libertis, ff. de fid. commiss. libert.* ibi: *Contra voluntatem difuncti petentes non sunt audiendi.*

117 Y aunque encontrario se han ponderado vnas palabras del testamento, clausulas, num. 40. en que dize: *Aduirtiendo, que en quanto a lo honorifico de todas mis fundaciones, es mi animo, y voluntad dar el Patronazgo al Señor de mi Casa; pero en todo lo demàs estarà sugeto a la administracion que tengo señalado*; esto es deuil subterfugio, pues quien dize que lo honorifico del patronazgo sea para el sucessor, lo entiende, en los casos que le huuiere, y no califica existencia de sucessor perpetuo, y mas quando las clausulas sucesiuas, que quedan ponderadas ex num. 96. dan vacante de todo lo honorifico, y personas que lo exerçan; y en lo especial de este mismo patronazgo dispone, testamento, num. 99. *Que a falta de la señora Condesa de Oliuares, suceda en este derecho de Patronazgos el señor de mi Casa de San-Lucar, y no le auiendo, y en todas las vacantes, los dichos quatro Protectores, juntamente con el Duque de Medina de las Torres, y con el de Olivares, tendràn representacion de los*

dichos

dichos patronatos, con facultad de nombrar.

118 No pudiendo dexar de rendirse a la fuerça de estos fundamentos, aunque no se confiessa (que tã pertinaz es su error) se ha passado a proponer que los llamamientos de las hembras de la Casa de Olivares, fueron de las hijas de el señor Don Luis, y las que fuessen posseedoras, ò inmediatas, y que no auiendola auido, ni de esta Casa, ni de la de Leganes, ni de las hermanas de el señor Conde Duque; al tiempo que se difiriò la sucessión por la vacante del Marques de Mayrena, por auer faltado la condiciõ, passò la sucession a los descendientes de la Casa de Leganes varones, y hembras; como inmediatamente sustituidos.

119 No es menos de admirar la proposicion de este intento, queriendole introducir, por el axioma vulgar de la *ley intervenit ff. de condit. & demonstrat.* cuya disposicion obra en disposiciones regulares; pero no en aquellas en que ay ley contraria, dada por el fundador, *l. exempto, ff. de act. empt. cum vulgat.*

120 Y vista la fundacion no ay cosa mas clara, y perceptible, que el auer querido la suspension, aunque al tiempo de la vacante, no se hallasse hembra posseedora, ò inmediata, y que se huuiesse de esperar a que la huviesse; y para el desengaño bastan solo las clausulas, pues en el testamento, numer. 138. quando la llamã cõmõ põsseedora, ò inmediata, sino la huuiere, quiere que se aguarde a que la aya, que por la ley, *cum in tempus de hæredib. instituend.* lo pudo hazer, y que lo hiziesse, *patet.* ibi: *Y sucediendo este caso* (que es el de auer posseedora inmediata, y no querer, ò no poder casarse) *antes de estar comprada toda la renta que ha de tener mi Casa de San-Lucar, conforme a mi disposicion se continuen los empleos, y reempleos; convirtiendose en ellos los quatro mil ducados de renta, que auia de gozar la dicha primera hija de mi sobrino, y se espere a que la Casa de Olivares entre otra vez en hembra descendiente del dicho mi sobrino; y aplicandose a cumplir mi voluntad, casandose en la forma dicha, suceda en mi Casa, en la forma, y con las mismas calidades, y condiciones que auia de suceder la primera.*

121 De cuyo tenor resultan dos pruebas claras, que excluyen el intento contrario; la primera, que los quatro mil ducados de renta, que auia de gozar el posseedor, si le huuiesse, los aplica a los empleos, y si huuiera posseedor no los aplicara; la segunda, que siendo iguales, y equiparados los casos de no auer hembra posseedora, ò inmediata, y el de auerla, y no querer, ò no poderse casar con varon de la Casa de Toral; sino quisiere, ò no pudiere, manda que se espere, a que la Casa de Oliuares entre otra vez en hembra, y es contra-

ditorio el querer el Marques, que passe quando la fundacion manda, que se espere.

122 Haze inuariable este discurso la clausula, num. 140. ibi: *Y caso que la hembra del dicho Don Diego Mesia, oy Don Diego Felipez de Guzman, que huviere sucedido; ò inmediata, y indubitablemente huviere de suceder en la Casa de Leganès, no quisiere, ò no pudiere casarse en la dicha forma, ò no la auiendo, se espere à que la Casa de Olivares entre otra vez en hembra.* Y la claridad desta disposicion, no dexa lugar aun à la mas afectada cabilacion, pues, ò no auiendo hembra posseedora, ò inmediata, ò auiendola, no queriendo, ò no pudiendo casarse con VARON DE LA CASA DE TORAL, quiere que en ambos casos se espere à que aya hembra tercera vez en la Casa de Olivares, que cumpliendo con la condicion, pueda suceder; y sino huviera suspension, ò huviera de verificarse desde luego, se transfiriera la sucession, y no puede ser mayor la repugnancia de hecho, que querer translacion, y suspension à vn tiempo.

123 Y para vltimo desengaño concurren diferentes razones, que concluyen *pernecesse* el convencimiento del intento del Marques, que se sacan por consequencia precisa de las antecedentes.

124 La primera es, que si quisiera verificacion de las condiciones al tiempo de la vltima vacante de su linea efectiua, no admitiera suspension, y no verificandose, ò pudiendose verificar, ò no auiendo hembra, ò no queriendo casarse, diera llamamiento a los descendientes de la Casa de Leganès, y no ay cosa mas clara, que es, no auersele querido dar hasta que se evacuassen todos los casos que quedan ponderados.

125 La segunda, que siendo tan enixa la voluntad con tan especial prouision de casos, no se diera ninguno, en que poderse practicar las vacantes, siguiendose el absurdo vulgar de la ley *siquis, ff. de legat.* 2. que en las disposiciones nada se ha de entender que està superfluo.

126 Todo el deseo del señor Conde Duque, en la fundacion del Mayorazgo de San-Lucàr, fue la vnion de sus Casas, con la de Medina de las Torres, y Toral; y para conseguirle, dispuso los casamientos, que contienen las clausulas de el testamento tan repetidamente, queriendo, que la hija de la Marquesa del Carpio, su hermana, casasse, siendo inmediata, ò posseedora de la Casa de Olivares, con el posseedor, ò inmediato de la Casa de Medina de las Torres, y Toral.

127 Para conseguir este fin, y que no se frustasse (por defecto de voluntad, de varones, y hembras de vnas, y otras Casas) esta vnion, previno el caso de la suspension, queriendo expressamente estuviesse suspensa la sucess-

cessión, hasta tanto que se pudies-
sen bolver a vnir, verificandose
de la repeticion de tantas clau-
sulas, quantas ay en el testamen-
to que lo demuestran; y en este
caso, que es el que ha sucedido,
veasea quien dexò el vso, y nom-
bramiento de los Patronatos,
fundaciones, y obras pias, y a
quien la funcion de la grande-
za, y copa de oro, sino es a la Ca-
sa, ò posseedor de Medina de las
Torres, y Toral; para cuya pon-
deracion es muy precisa la dispo-
sicion de la *ley Lutius, ff. de hæ-
red. instit. Prudens Consilium te-
statoris animaduertit*; que Armas
puso, con los timbres de los Ar-
miños, y de que inscripcion vsò
en ellas, sino es de las palabras:
PRIMAM GVZMANO-
RVM LINEAM, calificandose
de este contexto, y de las consi-
deraciones que dèl se deducen,
que el vnico deseo del señor Con
de, fue la vnion destas Casas, y la
voluntad expressa, de que mien-
tras esto no se pudiesse executar,
estuuiesse suspensa la sucession de
el Mayorazgo que fundaua, ha-
ziendo el llamamiento del Mar-
ques de Leganès, y su Casa, como
por amenaza de la desvnion, y fa-
talidad de la imposibilidad de
lograrlo, y no por otro motiuo
alguno.

Lic. D. Gabriel de Espinosa.

128 Y todo lo que tan ad-
vertidamente, y con tan singular
prouidencia se preuino en la fun-
dacion del señor Conde Duque,
viniera a frustrarse, si se diera lu-
gar, y admitiera el intento, y pro
posiciones del Marques de Lega-
nès, quedando destruido el fin
que tuuo siempre de dexar su me-
moria en la Casa de Toral; la vo-
luntad de la vnion, que deseò con
ella, y lo literal, y expresso de to-
da la disposicion, esperando jus-
tamente, que no conseguira esto,
quien solo se halla como el Mar-
ques, con el vltimo llamamiento
de quantos imaginò el funda-
dor, y imposible de verificarse
en lo natural, dando el Consejo
la prouidencia, que es tan de jus-
ticia para esto, y admitiendo el
recurso, que por Don Domingo
està propuesto, como lo espera:
Salvo in omnibus, &c.

Lic. D. Iuan Antonio de Bicuña.